

INDICE

pag.

PARTE I I CONTRATTI DI FINANZIAMENTO

CAPITOLO PRIMO

IL MUTUO

1. Il contratto di mutuo: disciplina generale e vicende del rapporto	3
2. Mutuo di scopo e promessa di mutuo	6
3. Il mutuo fondiario	9
4. La forma del contratto di mutuo	10
5. Le variazioni del rapporto di mutuo: natura ed effetti dello <i>ius variandi</i> di cui all'art. 118 TUB	10
6. Brevi considerazioni sul modello allegato	11
<i>Bozza di contratto di mutuo</i>	13

CAPITOLO SECONDO

L'APERTURA DI CREDITO

1. L'apertura di credito	23
2. La nullità delle commissioni bancarie ai sensi dell'art. 117- <i>bis</i> TUB	24
2.1. Gli oneri applicabili agli affidamenti da apertura di credito	25
2.2. Gli oneri applicabili agli sconfinamenti	26
2.3. I chiarimenti di Banca d'Italia nel resoconto della consultazione sulla proposta di delibera CICR	26
3. Brevi considerazioni sul modello allegato	26
<i>Bozza di contratto di apertura di credito</i>	28

CAPITOLO TERZO

IL LEASING FINANZIARIO

1. Definizione, struttura e caratteristiche dell'operazione di <i>leasing</i> finanziario	51
2. La qualificazione giuridica: natura e causa del contratto di <i>leasing</i> finanziario	54

Indice

	<i>pag.</i>
3. Breve ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali in tema di <i>leasing</i> finanziario	55
4. Il <i>leasing</i> pubblico	56
5. L'estensione del <i>leasing</i> alla realizzazione di opere pubbliche	58
6. <i>Leasing</i> finanziario e fallimento	59
7. Il <i>leasing</i> finanziario internazionale. Cenni	61
8. Brevi considerazioni sul modello allegato <i>Bozza di contratto di leasing</i>	63 64

CAPITOLO QUARTO

IL FACTORING

1. Premessa	75
2. La struttura del rapporto: distinzione tra <i>factoring</i> e cessione dei crediti	76
3. Le modalità di cessione dei crediti	78
4. La cessione dei crediti d'impresa, dei crediti futuri e dei crediti di massa	79
5. La natura giuridica del contratto di <i>factoring</i>	82
6. Gli orientamenti della giurisprudenza: una ricostruzione casistica	86
7. Il <i>factoring</i> internazionale	89
8. Brevi considerazioni sul modello allegato <i>Bozza di contratto quadro di factoring</i>	91 92

CAPITOLO QUINTO

IL PROJECT FINANCING

1. Premessa. Il <i>Project Financing</i> e la realizzazione di opere pubbliche	105
2. Lo sbarco in Italia del <i>Project Financing</i> ed il quadro normativo di riferimento	106
3. L'oggetto del <i>Project Financing</i> ed i soggetti coinvolti	107
4. L' <i>iter</i> procedurale del <i>Project Financing</i> pubblico	109
5. Gli aspetti privatistici del <i>Project Financing</i>	112
6. (Segue). Le garanzie contrattuali	114
7. La qualificazione giuridica del <i>Project Financing</i>	116
8. (Segue). Il <i>Project Financing</i> come mutuo di scopo	117
9. (Segue). Il <i>Project Financing</i> come collegamento negoziale	118
10. (Segue). Il <i>Project Financing</i> come operazione unitaria	119
11. La legge applicabile	120
12. Brevi considerazioni sul modello allegato <i>Bozza di contratto di finanziamento</i>	121 123

PARTE II
IL SISTEMA DELLE GARANZIE
NELLE OPERAZIONI FINANZIARIE

CAPITOLO SESTO
CONTRATTO DI FIDEIUSSIONE E CONTRATTO
AUTONOMO DI GARANZIA

1. Le garanzie nelle operazioni di finanziamento: profili generali	149
2. La fideiussione	150
3. Fideiussione <i>omnibus</i> e polizza fideiussoria	153
4. L'estinzione della fideiussione	155
5. Il contratto autonomo di garanzia	157
6. I criteri distintivi tra contratto autonomo di garanzia e fideiussione elaborati dalla giurisprudenza	159
7. Brevi considerazioni sui modelli allegati	162
<i>Bozza di contratto di fideiussione e di contratto autonomo di garanzia</i>	164

CAPITOLO SETTIMO
LA LETTERA DI *PATRONAGE*: CENNI

1. L'inquadramento della lettera di <i>patronage</i> : contenuto e funzione di garanzia	173
2. Lettere di patronaggio deboli e forti: problemi qualificatori	174
3. Brevi considerazioni sul modello allegato	176
<i>Bozza di lettera di patronage forte</i>	177

CAPITOLO OTTAVO
LE GARANZIE FINANZIARIE

1. La definizione di garanzia finanziaria ai sensi del d.lgs. n. 170/2004. In particolare, i crediti come oggetto di garanzia	179
2. Ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione della disciplina ed i requisiti della garanzia	182
3. Gli atti di disposizione e l'escussione della garanzia	183
4. Le condizioni di realizzazione della garanzia e le procedure concorsuali	184
5. Brevi considerazioni sul modello allegato	185
<i>Bozza di contratto di pegno costituito ai sensi del d.lgs. n. 170/2004</i>	187

PARTE III
LE OPERAZIONI FINANZIARIE STRUTTURATE

CAPITOLO NONO

LA CARTOLARIZZAZIONE DEI CREDITI

1.	L'operazione di <i>securitization</i>	197
2.	Tecniche operative di <i>securitization</i>	201
3.	La costituzione della SPV ed il patrimonio separato	204
4.	La natura dei titoli emessi	208
5.	L'assemblaggio dei crediti oggetto di cartolarizzazione	214
6.	La cessione dei crediti alla SPV ed il problema del " <i>servicing</i> "	216
7.	Cartolarizzazione e fondi comuni	223
8.	Il ruolo dell'agenzia di <i>rating</i> e del <i>credit enhancer</i>	225
9.	Brevi considerazioni sul modello allegato	227
	<i>Bozza di contratto di cessione di crediti</i>	229

CAPITOLO DECIMO

I DERIVATI

1.	Premessa	249
2.	I derivati finanziari	250
3.	I derivati di credito	252
4.	In particolare: il <i>credit default swap</i>	253
5.	La contrattualistica ISDA e le ulteriori modifiche del 2002 ISDA <i>Master Agreement</i> : analisi e comparazione delle clausole principali	260

CAPITOLO UNDICESIMO

LE EMISSIONI COLLATERALIZZATE (CDO, CBO, CLO)

1.	La struttura delle emissioni	275
2.	(Segue). Aspetti strutturali delle <i>collateralized loan obligation</i>	276
3.	(Segue). Aspetti strutturali delle <i>collateralized bond obligation</i>	278
4.	(Segue). Aspetti strutturali delle <i>collateralized debt obligation</i>	280
5.	Le emissioni collateralizzate ai sensi dell'ordinamento giuridico italiano	282
6.	Brevi considerazioni sul modello allegato	282
	<i>Bozza di contratto di cessione</i>	284

CAPITOLO DODICESIMO

LA DISCIPLINA DEI *COVERED BONDS*

1. La disciplina delle obbligazioni bancarie garantite	295
2. Caratteristiche, struttura e soggetti dell'operazione	297
3. L'oggetto della cessione	299
4. L'art. 3 del Regolamento di attuazione	300
5. La prestazione di garanzia da parte della SPV	302
6. I limiti alla cessione degli attivi: il trattamento prudenziale	304
7. L'attività di controllo	305
8. Brevi considerazioni sul modello allegato	306
<i>Bozza di contratto di cessione di crediti nell'ambito di un'operazione di covered bond</i>	307

CAPITOLO SETTIMO

LA LETTERA DI *PATRONAGE*: CENNI

SOMMARIO: 1. L'inquadramento della lettera di *patronage*: contenuto e funzione di garanzia. – 2. Lettere di patronaggio deboli e forti: problemi qualificatori. – 3. Brevi considerazioni sul modello allegato. – *Bozza di lettera di patronage forte*.

1. L'inquadramento della lettera di *patronage*: contenuto e funzione di garanzia

La lettera di *patronage* è una dichiarazione mediante la quale un soggetto manifesta al destinatario della stessa lettera la propria posizione d'influenza su un terzo e l'intento di esercitarla al fine di mantenerne la solvibilità.

La lettera di *patronage*, che nasce come effetto del fenomeno dei gruppi di imprese e che assume rilevanza pratica nei rapporti tra gruppi di società ed istituti di credito, si afferma originariamente negli Stati Uniti e si diffonde successivamente in Europa¹.

Il contenuto e, di conseguenza, gli effetti della lettera di *patronage* possono essere i più vari ma sono comunque individuabili alcuni tratti caratteristici quali la manifestazione della posizione di influenza e l'intenzione di far valere l'influenza per far onorare gli impegni assunti dal raccomandato.

Proprio in relazione a questa ultima caratteristica, viene riconosciuta alla lettera di patronaggio una funzione, ancorché *latu sensu*, di garanzia. Infatti, come riconosciuto in giurisprudenza, la funzione della lettera di *patronage* non è quella di garantire l'adempimento altrui nel senso in cui tale termine viene assunto nella disciplina della fideiussione e delle altre garanzie personali specificatamente previste dal legislatore, nelle quali il garante assume l'obbligo di eseguire la stessa prestazione dovuta dal debitore, quanto quella di rafforzare nel creditore cui la dichiarazione è indirizzata il convincimento che il patrocinato farà fronte ai propri impegni².

Si tenga presente, in riferimento all'altruità prevista per la fideiussione, che il soggetto che "sottoscrive" la lettera di patronaggio, sebbene formalmente terzo rispetto al soggetto nei cui confronti è prestata, è legato al soggetto garantito in modo tale da consentirgli di esercitare un potere di controllo e di influenza su quest'ultimo.

In relazione all'efficacia della lettera di *patronage*, la dottrina non nutre dubbi circa la sua efficacia giuridica, pur non mancando opinioni minoritarie che in passato hanno

¹ Sulle origini della figura, v. P.M. TABELLINI, *Rilevanza valutaria delle lettere di patronage*, in *Riv. dir. econ. valutaria*, 1980, p. 591.

² Cass., 3 aprile 2001, n. 4888, in *Giur. it.*, p. 2254.

negato la giuridicità dell'efficacia delle stesse lettere teorizzando piuttosto una loro efficacia morale e comunque sociale e non giuridica³.

Al riguardo la giurisprudenza, riconoscendo pacificamente l'efficacia giuridica delle lettere di patronaggio, ha affermato che non è ragionevole supporre che con il loro rilascio le parti abbiano inteso creare impegni rilevanti solo sul piano sociale e che la rilevanza giuridica delle lettere di *patronage* non è sempre la stessa, ma varia a seconda del loro contenuto, informativo o impegnativo⁴.

2. Lettere di patronaggio deboli e forti: problemi qualificatori

Le lettere di patronaggio possono, come accennato, avere contenuto vario, potendosi distinguere lettere a contenuto informativo (c.d. debole), dove l'emittente indica, ad esempio, la propria posizione di influenza sul patrocinato e la relativa situazione finanziaria ed economica, dalle lettere a contenuto impegnativo (c.d. forte), dove si riscontrano impegni di varia natura, quali, ad esempio, quello di comunicare preventivamente l'intenzione di cedere la propria partecipazione in futuro o l'impegno a mantenere la solvibilità della controllata⁵.

Pertanto, la lettera di *patronage* debole, avendo un contenuto meramente informativo, non potrebbe essere considerata fonte di obbligazioni negoziali per l'emittente, la cui responsabilità potrebbe essere accertata esclusivamente in via precontrattuale⁶.

Il contenuto informativo delle lettere di *patronage* deboli, come individuato nella prassi, potrebbe sostanziarsi, a titolo esemplificativo, in dichiarazioni:

(i) di consapevolezza: il *patronnant* si limita a dichiarare di essere a conoscenza del rapporto di finanziamento tra il destinatario della lettera, ossia il finanziatore, ed il debitore, lasciando intendere la sua approvazione;

(ii) di influenza: il *patronnant* si limita ad esplicitare al destinatario il rapporto di controllo e/o influenza con il debitore;

(iii) di conferma del controllo o della partecipazione significativa: il *patronnant* informa il finanziatore del rapporto di partecipazione e controllo intercorrente con il debitore e della percentuale azionaria della controllata o collegata da essa posseduta;

(iv) di regolarità della condotta o della gestione: il *patronnant* dichiara di avere conoscenza delle attività del debitore e di averne verificato la regolarità.

La lettera di *patronage* c.d. forte; invece, è stata ricondotta al mandato di credito, alla fideiussione, alla promessa del fatto del terzo ed al contratto con obbligazioni a carico del solo preponente. In ogni caso, in ragione della vincolatività degli impegni assunti, la responsabilità che ne conseguirebbe in capo al *patronnant* sarebbe di natura contrattuale.

Poco seguito ha avuto la ricostruzione che individua nella lettera di patronaggio un

³ Cfr. F. CHIOMENTI, *Le "lettere di conforto"*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, I, p. 364.

⁴ Cass., 27 settembre 1995, n. 10235, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 3007.

⁵ Per una elencazione delle varie tipologie di lettere di patronaggio rinvenibili nella prassi negoziale, v. R. DE NICTOLIS, *Lettere di patronage*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, cit., p. 71.

⁶ Trib. Cagliari, 23 ottobre 2001, in *Riv. giur. sarda*, 2002, p. 421.

mandato di credito⁷, mentre risulta escluso sia in dottrina che in giurisprudenza⁸ la possibilità di richiamare la figura della fideiussione.

Di maggior favore gode invece la teoria che riconduce la lettera di *patronage* alla promessa del fatto del terzo⁹, da cui deriverebbe una responsabilità del soggetto nel caso in cui il “garantito” non compia il fatto promesso o non esegua la prestazione. Anche in giurisprudenza si è rilevato che la funzione di garanzia delle lettere di *patronage* forti si esplica anche mediante l’impegno del patrocinate di controllare ed adoperarsi in modo che il patrocinate adempia le proprie obbligazioni nei confronti del finanziatore destinatario della lettera di *patronage*, esercitando tale controllo ed adoperandosi in tal senso mediante la propria posizione di influenza (partecipazione)¹⁰.

Si è di contro evidenziato in dottrina come in realtà il soggetto che concede la lettera di patronaggio non promette che il soggetto raccomandato pagherà, quanto «*piuttosto un fatto proprio, ossia promette di agire affinché il raccomandato paghi*»¹¹.

La giurisprudenza, dal canto suo, ha considerato la lettera di patronaggio quale contratto con obbligazioni per il solo preponente *ex art. 1333 c.c.*¹², affermando che la lettera con la quale il patrocinate non si limita ad esternare la propria posizione di influenza ma assume degli impegni, ha natura di negozio giuridico unilaterale, rientrando nello schema negoziale delineato dall’*art. 1333 c.c.*¹³.

Il contenuto delle lettere di *patronage* forti, sempre come individuato nella prassi, potrebbe sostanziarsi, a titolo esemplificativo, in (i) impegni finalizzati a assicurare il creditore sulla circostanza che l’operazione da porre in essere in favore del patrocinate presenta uno scarso rischio imprenditoriale o (ii) dichiarazioni di assunzione di obblighi di dare o di responsabilità nel caso di insolvenza o inadempimento del debitore.

Un profilo particolarmente rilevante emerso per le lettere di patronaggio che assolvono ad una funzione di garanzia, seppur *latu sensu*, è quello relativo alla possibilità di estendere l’applicazione dell’*art. 1938 c.c.*, oltre che alla fideiussione per cui l’articolo citato prevede espressamente l’obbligo di indicare l’importo massimo garantito per le fideiussioni *omnibus*, anche alla lettera di patronaggio.

Come rilevato in dottrina, tuttavia, l’estensione di applicazione della citata norma compiuta dalla giurisprudenza non sembra condivisibile se si tiene presente che lettera di patronaggio e fideiussione *omnibus* risultano ontologicamente differenti¹⁴. Nella prima, a differenza della seconda, l’inadempimento del patrocinate non comporta l’obbligo di adempiere alla medesima obbligazione cui è tenuto l’oblato, ma esporrebbe il *patronnant* esclusivamente all’azione risarcitoria [...] e non ad una pretesa di adempimento della stessa prestazione cui è tenuto il patrocinate.

⁷ In tal senso, L. BARBIERA, *Le garanzie tipiche ed innominate nel codice del 1942*, in *Banca, borsa e tit. di credito*, 1992, I, p. 744.

⁸ In tale senso, tuttavia, Trib. Milano, 17 ottobre 1994, in *Banca, borsa e tit. di credito*, 1996, II, p. 346.

⁹ M. SEGNI, *La «lettre de patronage» come garanzia personale impropria*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, p. 148.

¹⁰ Così, Cass., 3 aprile 2001, n. 4888, cit.

¹¹ C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., p. 529.

¹² Cass., 27 settembre 1995, n. 10235, cit. In dottrina, A. MAZZONI, *Le lettere di patronage*, cit., p. 116 ss.

¹³ Cass., 27 settembre 1995, n. 10235.

¹⁴ A. MESSUTI, *Le lettere di patronage*, in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 761.

Una pronuncia di legittimità ha tuttavia qualificato il principio contenuto nell'art. 1938 c.c. come di ordine pubblico economico e ha stabilito che l'indicazione dell'importo massimo garantito sia necessario anche per la lettera di *patronage*¹⁵.

3. Brevi considerazioni sul modello allegato

Nel modello di lettera di *patronage* che si allega, l'oggetto è costituito da dichiarazioni vincolanti che il *patronnant* emette in relazione alla garanzia fideiussoria rilasciata da un istituto di credito controllato dall'emittente. Nel modello, sono rinvenibili diverse tipologie di dichiarazioni in quanto, da una parte, il *patronnant* dichiara di essere consapevole del contenuto dell'operazione di cui è parte la società controllata, dall'altra, assume l'impegno, laddove ci sia una variazione della struttura finanziaria della controllata tale da impedirle di onorare gli impegni fideiussori, di provvedere all'adempimento degli stessi o di rilasciare una garanzia incondizionata per il rimborso delle medesime somme.

¹⁵ Si tratta di Cass., 26 gennaio 2010, n. 1520, cit.